ZEITSCHRIFT

FÜR DAS

PRIVAT-

UND

ÖFFENTLICHE RECHT

DER GEGENWART.

Unter ständiger Mitwirkung

der

Mitglieder der Wiener juristischen Facultät

herausgegeben von

DR. C. S. GRÜNHUT,

ord. Professor an der Universität Wien.

Siebenter Band.

Mit Register zu Band VII.

WIEN, 1880.

ALFRED HÖLDER,

K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

ROTHENTHURMSTRASSE 15.

V.

Der Rechtsbegriff.

Im Anschlusse an das Werk:

Der Zweck im Recht. Von Rudolph v. Ihering. I. Band, 1877.

Von Prof. Dr. **August Thon** in Jena.

Es war im Anfange des Jahres 1865, als Rudolph Ihering den dritten Theil seines Geistes des römischen Rechts erscheinen liess. Eine gleich tiefe und nachhaltige Bewegung werden wenig juristische Werke hervorgerufen haben, wie der zweite Abschnitt dieses Buches. Denn mit dem feurigen Ungestüm, das unserem grossen Rechtskenner und Denker eigen ist, wurde auf den letzten halbhundert Seiten die bisherige Auffassung des Rechts angegriffen und über den Haufen geworfen. Mit Energie wurde der Satz verfochten, dass das Recht nicht eine Schöpfung der juristischen Dialektik sei. Reale Kräfte, die Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs, hätten dasselbe früherhin gestaltet und gestalteten es noch fort und fort. Des praktischen Zweckes wegen seien alle einzelnen Rechte da; sie seien nichts als rechtlich geschützte Interessen.

Noch lebt in meiner Erinnerung, wie diese Ausführungen damals auf den Kreis derer wirkten, die eben begannen, sich mit der Jurisprudenz eingehender zu beschäftigen. Dass der bisherige Boden unter den Füssen schwankte und brach, fühlten wir wohl. Aber auch das Neugebotene schien keinen genügenden Halt zu gewähren. So empfanden es Viele als Bedürfniss, sich mit den also erweckten Zweifeln früher oder später wissenschaftlich abzufinden.

Dem Verfasser selbst erging es nicht anders wie seinen Lesern. Das Problem des Zweckmoments im Rechte war gestellt; gelöst war es nicht. Das Weitererscheinen des „Geistes“ ward nunmehr sistirt. Die Vorrede zur dritten Auflage nannte den Grund: Der Verfasser war mit einer Arbeit beschäftigt, welche zuvor erscheinen und jene Frage von Grund aus behandeln sollte. Jetzt liegt das Werk vor uns, in seinem ersten, die Fundamente legenden Theile. Der detaillirteren Durchführung und Verwerthung des Zweckmomentes an den wichtigsten Erscheinungen des Rechts wird der zweite Theil gewidmet sein, welcher noch für dieses Jahr in Aussicht gestellt ist.

Einer allgemeinen Beurtheilung des Werkes habe ich mich zu enthalten. Einem Manne, wie Ihering, gegenüber würde sich ein Loben nicht ziemen. Und andererseits bietet das Werk dem Leser jedenfalls so reiche Ausbeute und so vielfältigen Gewinn, dass Ausstellungen gegen Einzelnes und selbst gegen Vieles den Gesammtwerth des Werkes nicht beeinträchtigen können. Nur einem Bedauern sei Ausdruck gegeben. Ihering's gewaltige Kraft hat das Werk ganz aus sich selbst herausgeschöpft. Fast unbekümmert um die, welche früher und jetzt seitabführende Wege verfolgten oder auch verwandte Strassen zogen, ist er einsam den erwählten Weg vorangeschritten; nur hin und wieder schallt von Höhe zu Höhe ein Zuruf. Wie ein Komet, das Auge allein auf die Sonne der Wahrheit gerichtet, ist er in den gemessenen Kreis derer hereingebrochen, die ihre durch gegenseitige Anziehung geregelten Bahnen zogen. Der Einfluss, den Andere auf ihn ausgeübt, ist kaum zu erkennen und weniger noch zu bestimmen. Damit ist dem Leser erschwert, sich schlüssig zu machen, was er als Förderung der Wissenschaft begrüssen kann, was er als unhaltbar verwerfen muss. Es wird noch emsiger Mühe bedürfen, die Ergebnisse des Buches in unsere Wissenschaft einzuarbeiten — um den Bau derselben mit manchem schönen Stein zu bereichern, an anderen Orten von dem Schutte zu befreien, den Ihering's Arbeit aufgedeckt hat, in manchen Theilen aber auch zu stützen gegen den Versuch, das Stehende in Schutt zu verwandeln.

Der letzteren Aufgabe vornehmlich unterzieht sich eine Schrift, welche soeben erschienen ist und der Anregung des

Ihering'schen Werkes ihren Ursprung verdankt: „Die Vernunft im Recht“ von Felix Dahn. Den Gegensatz der Auffassung soll schon der Titel des Buches bekunden. Mit Ihering will es ringen, Schritt für Schritt, fast Satz für Satz, um sich „das furchtbar gepanzerte Buch vom Leibe wegzukämpfen“. Die Hoffnung Dahn's, dass auch andere aus seiner Selbstvertheidigung Wehr und Waffen gewinnen möchten, werden die folgenden Ausführungen wenigstens theilweise bestätigen.

Diese Untersuchungen sollen sich darauf beschränken, den Rechtsbegriff Ihering's in vierfacher Richtung einer Prüfung zu unterziehen. Zu diesem Behufe werde ich zunächst versuchen, den Gedankengang des Werkes insoweit wiederzugeben, als dies für jene Untersuchung erforderlich scheint.

„Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“, so lautet das Motto, das den Grundgedanken des Werkes und dessen endliches Ergebniss im voraus ausspricht. Um dahin zu gelangen, wird (Cap. I) zunächst „das Zweckgesetz“ untersucht. Wie in der äussern Sinnenwelt keine Wirkung ohne Ursache, so „kein Wollen oder was dasselbe keine Handlung ohne Zweck“. Dem Einwande, dass es nur eines von beiden geben könne, Causalitäts- oder Zweckgesetz, versucht die Vorrede mit der Unterordnung des ersteren unter das letztere gerecht zu werden. Der Zweck ist die bewegende Kraft der Welt; die schöpferische Kraft eines bewussten Willens, mithin das, was wir Gott nennen, hat erst das Causalitätsgesetz aus sich entlassen, so dass es nunmehr arbeitet, unerbittlich zermalmend, was sich nicht halten kann in dem Kampfe um's Dasein — eine Auffassung, die in bemerkenswerther Weise an diejenige erinnert, zu welcher Darwin früher in der Schlussbetrachtung seiner „Entstehung der Arten“ gelangte und welche jedenfalls so lange als Hypothese berechtigt erscheint, als es nicht gelungen ist, alle Erscheinungen, auch die unseres inneren Lebens, auf das eine mechanisch wirkende Causalitätsgesetz zurückzuführen.

Entsprechend diesem ersten Ergebnisse wird (Cap. II) das Zweckmoment in der thierischen, sodann in der menschlichen Handlung geprüft. Bei beiden erscheint der Zweck des Wollens auf den Handelnden selbst gerichtet. Des Han-

delnden wegen erfolgt jedwede Handlung; um desswillen wird letztere eine Verwirklichung der Daseinsbedingungen genannt. Freilich — und hierin erkennt Ihering in einer dem Thiere nicht gerecht werdenden Weise das Unterscheidende zwischen diesem und dem Menschen — „das Thier handelt blos für sich, der Mensch auch für Andere". Letztere Erscheinung wird im Cap. III damit erklärt, dass der Egoismus bei der Erreichung fremder Zwecke interessirt wird. Wie die Natur, (welche bei Ihering regelmässig als Person, als denkendes und wollendes Wesen auftritt) zur Erreichung ihrer Zwecke ebenfalls den Egoismus des Menschen heranzieht, indem sie als Prämie für das, was sie will, die Lust, als Warnung für das Verbotene den Schmerz verwendet: so beruht auf der Verknüpfung des Zweckes der Einen mit dem Interesse der Anderen das ganze menschliche Zusammenleben: Staat, Gesellschaft, Handel und Verkehr. „Der Verwirklichungsapparat, den der Staat für seine Zwecke in Anwendung bringt, ist ganz derselbe wie der, dessen sich die Natur für die ihrigen bedient. Er beruht auf einer doppelten Art des Zwanges: des directen oder mechanischen und des indirecten oder psychologischen." Die Mittel des letzteren sind wiederum doppelter Art: sie bestehen in Lohn und in Strafe. Demgemäss werden im VII. und VIII. Capitel diese egoistischen Hebel der socialen Bewegung besprochen. Gleichzeitig aber wird S. 103, 557 die Perspective geöffnet auf zwei weitere Hebel, welche die Gesellschaft für ihre Zwecke beim Individuum in Bewegung zu setzen vermag und die nicht an den niederen Egoismus, sondern an etwas Höheres im Menschen appelliren: an die Möglichkeit der Selbstverleugnung, deren Problem das IV. Capitel bereits in glänzender Weise behandelt hatte. Diese weiteren Hebel sind Pflichtgefühl und Liebe. Mit der Darstellung ihrer Wirksamkeit wird der zweite Band beginnen.

Für unsere Aufgabe kommt vornehmlich Capitel VIII in Betracht, das den einen Hebel der gesellschaftlichen Ordnung, den Zwang, behandelt. Es will die Art und Weise schildern, in welcher die Gesellschaft den Zwang für ihre Zwecke in Anwendung bringt, das System des socialen Zwanges aufdecken, einestheils in seinem äusseren Zwangsapparate, dem Staate, anderntheils in den Grundsätzen über die Ausübung

der Zwangsgewalt, dem Rechte. „Recht ist das System der durch Zwang gesicherten socialen Zwecke“ S. 240.

Die Darstellung beginnt mit dem Versuche, die beiden Begriffe Staat und Recht bis auf ihre ersten Anfänge zu verfolgen.

Der Zwang gehört nicht allein dem menschlichen Zusammenleben an. Auch unter den Thieren ist er zu finden, sowohl als Gewalt (als mechanischer Zwang), wie auch bereits als psychologischer Zwang, welcher der ersteren Form gegenüber einen immensen Fortschritt bezeichnet. Wäre nur die Gewalt der Thierwelt eigen, so müsste jeder Conflict zwischen zwei Thieren mit der Vernichtung des schwächeren enden. Dass das Thier den Grad von Einsicht besitzt, um die blosse Drohung zu verstehen und ihr auszuweichen, ermöglicht das Zusammenbestehen des schwächeren mit dem stärkeren Thiere.

Keinen andern Ausgangspunkt als das Thier hat der Mensch vorgefunden. Allein mit höherer Einsicht begabt, hat er stufenweise gelernt, in eigenem Interesse seine Kräfte den Mitmenschen gegenüber zu mässigen. „Die Menschlichkeit, zu der er sich erhebt, ist ihrem ersten Ursprung nach nichts als die durch das wohlverstandene eigene Interesse bestimmte Selbstbeherrschung der Gewalt.“ Den ersten Schritt auf dieser Bahn bezeichnet die Sclaverei. Die Erkenntniss, dass ein lebender Sclave werthvoller ist als ein todter Feind, führte zur Erhaltung des überwundenen Gegners und damit zu einem ersten Ansatze der Menschlichkeit. Ebenso entspringt der Friede mit dem Gegner dem Verständnisse für das eigene Interesse. Der Sieger begnügt sich mit dem Zugeständnisse geringerer Vortheile, um nicht bei zu hoher Forderung den Gegner zum Aeussersten zu treiben. Die blosse Politik reicht aus, die Gewalt zur Innehaltung eines Masses zu bestimmen. Mit dem Frieden aber kommt der Vertrag, mit dem Vertrage das Recht zur Welt. So gebiert die Gewalt, wenn sie sich zum eigenen Vortheile mässigt, das Recht. Das Recht ist „die Politik der Gewalt“ — nichts Anderes als der Niederschlag der Erfahrung in Bezug auf die richtige Verwendung der Gewalt.

Die Gewalt wird nunmehr S. 255 fg. auf dem Wege begleitet, den sie einschlagen muss, um die Erfahrungen zu

sammeln, aus denen sie dieses ihr System der Politik: das Recht aufbaut. Sie wird dargestellt als propulsiver Zwang bei Nothwehr und Selbsthilfe, als compulsiver in der Familie und in dem Vertrage. Eingeschaltet wird hier S. 267—287, um die Begriffsentwicklung des compulsiven Zwanges zu veranschaulichen, eine Entstehungsgeschichte der römischen Vertragsobligation, welche viel des Anziehenden und Belehrenden bietet. Die sodann folgende Darstellung der „Selbstregulirung des Zwangs — der Societät" beruht auf folgendem Gedankengange. Der Daseinszweck des Menschen ist auf Erden ohne Zwang nicht zu realisiren, letzterer mithin unentbehrlich. Wie aber ist der Erfolg desselben zu sichern, wie ist es möglich, „das Uebergewicht der Gewalt auf Seiten des Rechts zu bringen"? Die Alliance löst dies Problem nicht; wie der Bedrohte kann sich auch der Bedroher nach Allirten umsehen. Kaum höher steht die Garantie Seitens eines Dritten; denn wer garantirt für den Garanten? Und wenn das Schutz- und Trutzbündniss durch die gebotene Gegenseitigkeit des Schutzes den Garanten zu einem Interessenten erhebt, so steht doch auch dem Gegner frei, Bündnisse einzugehen, welchenfalls dann wieder nicht das Recht, sondern die Stärke der Parteien entscheidet. So noch heute nach aussen hin, im völkerrechtlichen Verkehre. Im Innern des staatlichen Verbandes dagegen ist das Problem eben durch den Staat gelöst. Letzterer bedeutet die Sicherung der gemeinsamen Interessen Aller gegen ein sie bedrohendes Particular-Interesse. Dass die Gesellschaft mächtiger ist als der Einzelne, verbürgt ihr immer das Uebergewicht, falls sie ihre Macht zur Behauptung ihres Rechtes gegen den Einzelnen aufbieten muss. Die nämliche Lösung wird bereits in der Societät erstrebt, dem Prototype des Staats. Ebenso in dem Vereine, der dem Staate um eine Stufe näher steht und dessen Wesen im Unterschiede von der Societät, die sich nach aussen abschliesst, darein gesetzt wird, dass er ein offener sei und neuen Mitgliedern den Zutritt gestatte. Erst im Staate aber ist dem Rechte die Oberherrschaft über die Gewalt gesichert. Pflege des Rechtes, d. h. die Handhabung der socialen Zwangsgewalt, ist zwar keineswegs der einzige Zweck des Staates, wohl aber sein erster, sein hauptsächlichster, sein nie fehlender Zweck, kurz seine vitale Lebens-

function. Der Staat ist die Gesellschaft selbst als Inhaberin der Zwangsgewalt; er ist die Organisation des socialen Zwanges. Diese Organisation schliesst zweierlei in sich: die Herstellung des äusseren Mechanismus der Gewalt und die Disciplin ihrer Handhabung. Letztere Aufgabe hat ihre Lösung gefunden in dem Rechte, erstere in der Staatsgewalt — der höchsten, ihrem Wesen nach jeder anderen Macht auf dem Staatsgebiete überlegenen und darum souveränen Macht, deren Herrschaft auch einer etwaigen feindlichen Majorität gegenüber durch zwei Factoren verbürgt wird: durch die Organisation der eigenen Machtmittel einerseits, durch die Verhinderung bedrohlicher Organisationen feindlicher Elemente andererseits. Namentlich das Zwangsrecht muss dem Staate als absolutes Monopol vorbehalten bleiben. Dies aber heisst wiederum nichts anderes als: der Staat ist die einzige Quelle des Rechtes. Denn nur diejenigen Normen verdienen den Namen des Rechtes, welche den Zwang hinter sich haben. „Der Charakter einer Rechtsnorm bestimmt sich lediglich darnach, dass der Richter nach ihr Recht zu sprechen und sie gegen den Widerstrebenden mittels Zwanges zur Anwendung zu bringen hat", S. 321. Sonach liegt ein doppeltes Moment im Rechte, das des Zwanges und das der Norm. Das staatliche Gebot kann in dreifacher Form auftreten, von denen eine jede der vorhergehenden gegenüber einen wesentlichen Fortschritt bekundet. Zunächst als Individualgebot hervorgerufen durch das unmittelbare Bedürfniss des einzelnen Falles und mit diesem wieder verschwindend. Die zweite Stufe bildet das abstracte Gebot oder die Norm, stets aus zwei Bestandtheilen gebildet, dem Bedingenden (dem Thatbestand) und dem Bedingten (dem Imperativ) — mithin immer in der Form denkbar: „wenn — so". Im Begriffe der Norm liegt es, dass sie denjenigen binden will, an den sie gerichtet ist. Hierzu kann sich jedoch noch eine weitere Wirkung gesellen: die nämlich, dass die Norm zugleich ihren Urheber bindet. Nach diesen beschränkteren oder weiteren Wirkungen werden die einseitig verbindenden von den zweiseitig verbindenden Normen geschieden. Letztere allein vermögen einen wahren Rechtszustand zu schaffen; mit ihnen erst tritt an Stelle der Willkür die Gleichmässigkeit, Sicherheit, Berechen-

barkeit des Gesetzes. „Recht im vollen Sinn des Wortes ist die zweiseitig verbindende Kraft des Gesetzes, die eigene Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassenen Gesetze", S. 365.

Als Grundlage für die folgenden Untersuchungen wird dieser karge Auszug genügen.

I. Die Entstehung des Rechtes.

„Das Recht ist die Politik der Gewalt" — „die durch das eigene Interesse gebotene Mässigung der Gewalt" — „die Gewalt, wenn sie sich mit Einsicht und Selbstüberwindung paart, gebiert das Recht". Die Richtigkeit der in diesen und ähnlichen Sätzen bekundeten Anschauung ist nunmehr zu prüfen.

„Die Selbstbeschränkung des Starken" ist auch nach Ihering nicht die einzige Entstehungsart des Rechtes. Auch die „Association der Schwachen" und „der Friede" sind Arten der ursprünglichen Begründung des Rechtes (S. 250, 323). Wenn wir mithin in der Selbstbeschränkung der Gewalt den rechtbildenden Factor aufsuchen, so werden wir von vornherein annehmen können, dass er demjenigen gleich oder verwandt ist, welcher aus Association und Frieden Recht entspringen lässt.

In einer Frage von fundamentaler Bedeutung trete ich Ihering zunächst bedingungslos bei. Auch nach meiner Ueberzeugung ist das Recht nicht vom Himmel herniedergestiegen, um die rohe Gewalt zu zügeln, die vordem die Erde beherrschte. Auf unserem Erdballe selbst, mitten im ruhelosen Getriebe der einander bald befehdenden, bald fördernden Interessen, ist auch das Recht erwachsen — langsam anfangs und unverstanden, bis sich endlich nach Verlauf ungezählter Jahre der schwache Spross da, wo ihm der Boden günstig war, zum mächtigen, weithin schirmenden Baume entwickelt hat. Aber nicht die Gewalt des Stärkeren allein, wenn auch im Bunde mit Einsicht und Selbstüberwindung, vermag das Recht zu erzeugen. Ein weiterer Factor gehört noch dazu.

Einsicht und Selbstüberwindung können den einzelnen Menschen bestimmen, von seiner physischen Macht nicht jeden

möglichen, wenn auch verlockenden Gebrauch zu machen. So wird z. B. das wohlerkannte höhere Interesse an künftigem Fruchtgewinn den Menschen verhindern, eines augenblicklichen Bedürfnisses wegen sämmtliche Bäume seines Bereiches zu fällen. Diese Einsicht führt zu einer Mässigung und Regelung der Gewalt, sie kann sich zu einer vollkommenen „Politik der Gewalt" entwickeln; ein Recht zwischen dem Menschen und den Bäumen entsteht daraus nie. Die nämliche Politik kann den Menschen bestimmen, Thiere zu schonen, die er zu erlegen im Stande ist: sei es um weiteren Gewinnes willen, ihrer Milch, ihrer Wolle, ihrer Arbeitskraft, ihrer Schönheit wegen, sei es, um künftig desto mehr erlegen zu können; so, wenn er die Fische zur Laichzeit schont. Auch diese Mässigung kann sich zu einem vollkommenen, andauernd befolgten Systeme entwickeln; zur Bildung eines Rechtes zwischen Mensch und Thier wird sie niemals führen. Man darf nicht einwenden, dass zwischen Menschen und Bäumen überhaupt kein Recht entstehen kann und ebensowenig zwischen Menschen und Thieren. So richtig dies ist, die Erscheinung selbst bedarf der Erklärung. Woher kommt es, dass die Mässigung der Gewalt Menschen gegenüber anders wirkt als gegenüber Thieren und leblosen Sachen?

Aber wirkt sie auch anders? Gewiss nicht überall und unbedingt. Wenn ein Negerstamm den Kraal des anderen Stammes überfällt (und ähnlich mögen in vorhistorischer Zeit die Zustände der später zu Culturvölkern erwachsenen Sippen, Horden und Stämme zu denken sein): da werden noch heute die Männer und älteren Frauen niedergemacht, oder wohl auch verzehrt und nur die Kinder und jüngeren Frauen sammt dem Heerdenviehe geschont und weggetrieben. Sicherlich mässigen sich die glücklichen Räuber, wenn sie nicht alles Leben, wie sie thatsächlich könnten, vernichten. Trotzdem wird in dem also begründeten Zustande kaum der Keim einer Rechtsbildung zu erkennen sein. Wie die Rinder folgen die geraubten Menschen dem Stärkeren, die Erwachsenen wohl mit einem Gefühle ihres widrigen Geschickes, das ihnen trotzdem im Vergleich mit dem Tode, dem sie entgangen sind, als das kleinere Uebel erscheint. Versagen ihnen die Kräfte zu folgen, so werden sie nachträglich noch niedergemacht. Was sollte auch

den Sieger abhalten? Nur im eigenen Interesse hatte er sie zuvor geschont: er schont sie nicht mehr, wenn sein Interesse sich wandelt. Und die Opfer selbst werden die Gewaltthat, der sie unterliegen, vielleicht als ein Unglück, nicht aber als ein Unrecht empfinden. Der nothwendige Factor der Rechtsbildung ist hier noch nicht da.

Anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn auf entwickelterer Culturstufe auch widerstandsfähige Männer, wenn ganze Stämme nach ihrer Besiegung geschont und in die Sclaverei abgeführt werden. Die Schonung wäre übel am Platze, wenn sich der Sieger jede Stunde erneuter Feindseligkeit versehen müsste. Die Erhaltung eines Todfeindes wäre das eigene Verderben. Die Schonung hat nur Sinn, wenn der Besiegte um den Preis des eigenen Lebens auch seinerseits Rache und tödtliche Feindschaft aufgibt.[1]) Umgekehrt wird auch der Besiegte eine gewisse Mässigung des Siegers erwarten müssen, wenn anders er den Gedanken an fernere Wehr aufgeben soll. Muss er besorgen, nur aufgespart zu werden zu späterem qualvollen Opfertode, so wird er wie das reissende Thier, das in Gefangenschaft gerathen, jeden günstigen Augenblick zur Flucht oder zu erneutem verzweifelten Kampfe benutzen. Es ist mithin eine gegenseitige Erwartung in Betreff des Verhaltens des Anderen, welche einen *modus vivendi* herstellt. Nicht einseitige Mässigung erzeugt ihn, sondern ein auf Einsicht und Erfahrung gebautes Compromiss der Interessen. Hierin erst liegt der Anfang einer Rechtsbildung. Steigert sich die Erwartung zum Verlangen und bildet letzteres, wenn auch unausgesprochen, für das Verhalten der anderen Seite ein bestimmendes Motiv, so ist ein Rechtszustand zwischen den beiden Theilen hergestellt. Ein gegentheiliges Handeln wird nunmehr nicht blos als ein Unglück, nicht blos als ein schädigendes Ereigniss

---

[1]) Auch heute noch wird der Kriegsgefangene, der während der Schlacht sich eines Gewehrs bemächtigt und den Kampf von Neuem beginnt, kaum zum zweiten Male entwaffnet, sondern niedergemacht werden. Auf wen man sich nicht verlassen kann, wird wie ein wildes Thier behandelt werden müssen. Ja selbst die eigenen Volksgenossen werden die Täuschung des Feindes nicht billigen, die auch ihnen im Falle der Gefangennahme die Aussicht auf Schonung benimmt.

empfunden werden. Es wird zugleich das herbe Gefühl getäuschter Erwartung und den verschärften Durst nach Rache erregen. Mit diesem gesteigerten Gefühle des Unwillens muss auch der andere Theil als mit einer ihm feindlichen Kraft rechnen, die er sich scheuen wird, leichtsinnig zu entfesseln.

Nicht die Gewalt, die sich selbst beschränkt, bringt sonach das Recht hervor. In jeglicher Gestalt, zum Aeussersten angespannt oder gemässigt oder in ihrem schüchternsten Auftreten bleibt sie immer etwas Thatsächliches. Die Einschränkung gewaltsamen Vorgehens kann nur auf Rechtsbildung hinwirken, insofern sie in der Seele des Schonenden wie des Geschonten Motive zu gegenseitiger Achtung ihrer Interessen erzeugt. Die Wechselwirkung dieser Motive bildet das Recht.

Damit ist aber auch die wesentliche Gleichheit einer jeden Rechtsbildung nachgewiesen. Auch in der friedlichen Vereinigung mehrerer zu einem gemeinschaftlichen Zwecke [2]), sowie in dem Friedensschlusse nach vorausgegangenem Kampfe [3]) (den beiden weiteren rechtbegründenden Thatsachen Ihering's) offenbart sich dies Compromiss der Interessen. Die Erwartung eines gewissen Verhaltens der Anderen wird bei Allen erregt, die Erwartung bringt das Verlangen hervor, das Verlangen der Anderen und die Furcht vor den Folgen seiner Nichtbeachtung gibt das Motiv zur Befolgung ab — mit der thatsächlichen, andauernden Befolgung ist das Recht der Gemeinschaft entstanden. Es war einseitig und ungenau, wenn die Naturrechtslehre früherhin alles Recht aus einem Vertrage herstammen liess. Aber insofern kam doch in dieser fehlsamen Fassung ein richtiger Gedanke zum Ausdruck, als alles Recht ein Compromiss der Interessen voraussetzt. Jede Rechtsbildung ist ein zwei- oder mehrseitiger Act; sie setzt eine Veränderung in der Seele wenigstens zweier Menschen voraus. Nach Ihering könnte der einseitige Act der Selbstbeschränkung der Gewalt das Recht erzeugen.

---

[2]) Auch schon, „seitdem auf die Dauer ein Paar beisammen blieb" (Dahn S. 82, 123) in dem Verbande der Familie, in welcher der Mann seinen Schutz, Weib und Kinder ihren Gehorsam in Austausch geben.

[3]) Auch schon in dem Sich-Vertragen nach dem unblutigen Kampfe der Interessen, wie er jedem Vertrage, z. B. jedem Tausche, vorausgeht.

Keineswegs soll behauptet werden, dass die Interessen, deren Einigung das Recht erzielt, sich jederzeit klar und bewusst, als das was sie sind, in der Seele der Interessenten abspiegeln. Dunkel und unklar wird das Verlangen oftmals sein, häufig auch umhüllt und versetzt mit abergläubischen Vorstellungen. Oft wird als Wille der Götter das angesehen, was eine Gemeinschaft ihrer selbst wegen begehrt. Um so energischer wird die Gemeinschaft alsdann auf Befolgung der Gebote bestehen, deren Nichtachtung ihr unabwendbares Leid Seitens der Himmlischen zuziehen kann. Der Unwille der Genossen wird sich gegen den Unfolgsamen um so heftiger kehren, als sein Ungehorsam die ganze Gemeinschaft dem Zorn und der Rache der Götter aussetzt. — Auch dadurch hören die Interessen nicht auf, reale Interessen zu sein, dass man das, was sie erheischen, als Vernunftpostulat bezeichnet. Was auf das Wohl der Gemeinschaft als auf seinen Zweck bezogen diesem wahrhaft förderlich ist, darf vom Standpunkte der Gemeinschaft aus vernünftig genannt werden. Hiernach ist auch das Recht vernünftig, weil es der Sicherung der gemeinschaftlichen Interessen dient. Die Fähigkeit, das Recht zu erzeugen, darf den arterhaltenden Eigenschaften des heutigen Menschengeschlechtes zugezählt werden. Vielleicht sind Unzählige mit ihrem Nachwuchs untergegangen, die diese Fähigkeit in sich nicht zu entwickeln vermochten.[4]) Aber wenn eine Norm der Gemeinschaft übertreten wird, so empört dies die Genossen nicht, weil das Unrecht unlogisch, vernunftwidrig ist.[5]) Müsste doch sonst eine thörichte Behauptung auf das Gefühl ebenso wirken wie ein Verbrechen. Die beleidigten Interessen sind es, welche gegen das Unrecht mit Heftigkeit reagiren. Zu ihrer Unterstützung rufen sie nur heute den Vernunftgedanken heran, wie in früheren Zeiten die Götter.

Aus dem Gesagten folgt aber weiter, dass nicht erst im Staate und dass auch nach Bildung der Staaten nicht

---

[4]) Trefflich Dahn S. 44, 45.

[5]) Dahn S. 13: „Grundgesetz des menschlichen Denkens ist Subsumtion des Einzelnen unter das höhere Allgemeine. — Unerträglich dem Menschen ist eine gegen diese nothwendige Subsumtion verstossende irrige Subsumtion oder Ordnung, das Un-recht, das Un-wahre, das Un-schöne ist Begriffs-Widrig, Unlogisch.“ Vgl. auch S. 28, 34, 36, 46, 103, 109 etc. etc.

blos in der staatlichen Gemeinschaft Recht entsteht. Jede menschliche Gemeinschaft, die eine gewisse Norm des Zusammenlebens anerkennt — genauer gesprochen, bei welcher das Verlangen der grossen Mehrzahl, die wir die Gesammtheit nennen, für die Einzelnen ein Ausschlag gebendes Motiv ihres Verhaltens abgibt — ist damit Rechtsgemeinschaft; die das Zusammenleben regelnde Norm ist ihr Recht. Es gibt hiernach soviel Rechtskreise, als es Gemeinschaften von Menschen gibt. Jeder Verein im Staate, der verbotene nicht minder wie der erlaubte, hat sein eigenes Recht. Es nützt nichts, die Thatsache zu leugnen: sie macht sich in ihren Wirkungen fühlbar. Nur freilich verhält sich der Staat verschiedentlich diesen verschiedenen Rechtskreisen gegenüber. Er kann die Vereinigung erlauben und zugleich ihr Recht zu dem seinigen machen. Dann ist der Grundvertrag des Vereins, der dessen objectives Recht ausmacht, zugleich Rechtsgeschäft in den Augen des Staats, aus welchem subjective Rechte entspringen. Der Staat kann die Vereinigung erlauben und doch den Einzelnen verbieten, was die Norm des Vereines seinen Mitgliedern befiehlt. So wenn er eine Studentenverbindung genehmigt, welche ihren Gliedern jede Duellforderung anzunehmen zur Pflicht macht. Der Staat kann die Vereinigung verbieten und trotzdem dasselbe befehlen, was eine einzelne Norm dieser verpönten Gemeinschaft gebietet. Die christliche Kirche stellte noch zu der Zeit, wo sie eine verbotene Vereinigung war, das Gebot auf, dem Kaiser zu geben was des Kaisers sei — und wenn die Christen, dem kirchlichen Gebote folgend, um so williger Steuern zahlten, so kam diese Rechtsnorm dem römischen Staate zu gute. Der Staat kann endlich sowohl die Vereinigung verbieten, als auch ihren Imperativen mit seinen Imperativen entgegentreten. Hier, wie in dem zweiten Falle, liegt für den, der beiden Verbänden angehört, ein Conflict der Pflichten vor — und die Geschichte lehrt, dass nicht immer der Staat es ist, dessen Gebote in diesem Widerstreite siegen. Wenn trotzdem der Staat als souverän und als oberster Erzeuger des Rechtes gilt, so wird dies durch folgende Erwägung gerechtfertigt. Das Mitglied eines Geheimbundes, welches ungern und gegen seinen Wunsch, doch treu der übernommenen Verpflichtung, ein Todesurtheil an einem

verrätherischen Genossen vollzieht, handelt seiner Meinung nach pflichtmässig, weil es dem Rechte des Bundes bestimmende Macht einräumt. Vom Standpunkte des Staates hat es dem Verbote der Tödtung entgegengehandelt, welches für diesen Fall keine Ausnahme kennt. Sonach erscheint es als Mörder und wird als solcher bestraft werden. Seine Hinrichtung wird aber kaum jemals weder in seinen eigenen Augen noch in denen seiner Genossen wiederum als Mord erscheinen, der gegen Henker und Richter um Rache schreien könnte. Vielmehr wird die Hinrichtung als Unglück, aber trotzdem als eine recht- und pflichtmässige Handlung empfunden werden. Mit andern Worten, auch die Genossen des Geheimbundes achten das staatliche Recht insofern, als sie es als ein genügendes und rechtfertigendes Motiv für die Handlungen derer betrachten, die nicht zu ihrem Bunde gehören. Verhält es sich anders — und immerhin ist dies denkbar — dann allerdings wird eine Auflehnung vorliegen, welche, so lange sie dauert, den staatlichen Verband diesen Gliedern gegenüber in Frage stellt.

In den folgenden Untersuchungen wollen wir uns jedoch auf staatliches Recht beschränken und prüfen, ob für dieses Zwang und Gericht nothwendiges Erforderniss ist.

II. Das Zwangsmoment im Rechte.

Die alte Lehre, dass nur dasjenige Recht sei, was nöthigenfalls erzwungen werde, und dass sonach der Zwang ein begriffliches Merkmal des Rechtes bilde, schien zumal in letzter Zeit mehr und mehr an Boden zu verlieren. Nun hat Ihering's Name und wuchtiges Wort der alten Lehre neuen Halt gegeben und sofort ist der Streit um diese Frage in früherer Heftigkeit wieder entbrannt.

Suchen wir vor Allem eine Verständigung über den Punkt zu gewinnen, in welchem sich die widerstreitenden Ansichten scheiden.

Nicht das kann der Gegner Meinung sein, dass sich die Rechtsnorm als solche erst in ihrer thatsächlichen Erzwingung erweise. [6]) Der Darlehensempfänger war im Rechtssinne Schuld-

[6]) Die Bemerkungen bei Dahn S. 35 treffen mithin die gegnerische Lehre nicht.

ner, ihn traf das Rechtsgebot der Rückzahlung, auch wenn er freiwillig und rechtzeitig das geliehene Geld zurückbrachte. Ebenso aber auch, wenn der Gläubiger seinen Anspruch verjähren liess — wenn der flüchtige Schuldner nicht aufzufinden war — wenn der Verklagte mit Unrecht vom Richter freigesprochen ward — wenn sich bei der Execution nichts fand, womit der Gläubiger befriedigt werden konnte. In all' diesen Fällen wird man dem Gebote, das den Schuldner vordem traf oder noch fernerhin trifft, den Charakter eines Rechtsgebotes nicht um deswillen versagen wollen, weil es thatsächlich nicht zur Erzwingung des Geschuldeten kam.

Im Sinne der Gegner wird vielmehr die Möglichkeit der Erzwingung, die Erzwingbarkeit der Norm genügen. Jede staatliche Norm wird sich als Rechtsnorm darstellen, an deren Uebertretung im voraus Zwangsfolgen geknüpft sind. Sehen wir aber zu, was unter diesen Zwangsfolgen verstanden wird. Unstreitig gehören alle diejenigen Normen hierher, an deren Nichterfüllung Rechtsfolgen geknüpft sind, welche nachträglich das von der übertretenen Norm vergeblich Angestrebte zu erreichen bezwecken. Es ist gebräuchlich geworden, hier von Erfüllungszwang zu reden — und ich habe an anderem Orte [7]) auszuführen versucht, wie sich nicht nur bei Geboten, sondern auch bei Verboten von Erfüllungszwang sprechen lässt. — Die Normen, deren Nichtbefolgung den Erfüllungszwang wachrufen, erschöpfen jedoch den Bestand der Rechtsnormen keineswegs. Sämmtliche Normen wären sonst auszuscheiden, deren Uebertretung lediglich Strafe nach sich zieht. Denn die Strafe verfolgt das Irreparabele im Unrecht. Die thatsächliche Verhängung der Strafe zwingt nicht und bezweckt nicht zu zwingen. Wie könnte auch die Hinrichtung des Mörders den Ermordeten wieder in's Leben rufen? Eben deswegen können aber auch diejenigen Imperative, welche gewissen staatlichen Organen gegen den Verbrecher einzuschreiten und ihn zur Strafe zu ziehen befehlen (in welchen Imperativen ich die alleinige Rechtsfolge des Delictes erblicke) [8]), in Ansehung der primären, übertretenen Norm

---

[7]) Rechtsnorm S. 47.

[8]) Siehe jetzt auch Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, S. 208.

nicht als Zwangsmittel bezeichnet werden.[9]) Wenn trotzdem die Gegner ausnahmslos auch diejenigen Normen, deren Uebertretung nur Strafe nach sich zieht, zu den Rechtsnormen zählen und bei ihnen, obschon der Strafvollzug eine Erfüllung nicht bezweckt, das Moment des Zwanges verwirklicht finden, so weist dies darauf hin, in welchem Sinne sie das Moment des Zwanges verstehen. Und zugleich hoffe ich, dass auf diesem Boden eine Verständigung zu erzielen ist.

In gewissem Sinne, dies gebe ich ausdrücklich zu, enthält auch die mit Straffolge bekleidete Rechtsnorm einen „Zwang". Insofern nämlich, als der Impuls, den die Norm zu geben bezweckt, durch die Androhung von Strafe für den Fall der Uebertretung entschieden verstärkt wird.[10]) Wird aber dies Moment des psychologischen Zwanges gemeint, so ist die Frage also zu stellen: darf bereits diejenige Norm als Rechtsnorm bezeichnet werden, welche sich darauf beschränkt, als einfacher Befehl der Gemeinschaft auf den Willen der Genossen[11]) zu wirken — oder verdient nur diejenige Norm den Namen einer Rechtsnorm, welche dies in verstärktem Masse thut, unter gleichzeitiger Androhung von Zwangsvollstreckung oder von Strafe?

Jedenfalls ist das Wesen des Rechtes richtig erfasst, wenn die Frage also gestellt wird. Der Versuch einer Gemeinschaft, durch ihre Befehle[12]) das Verhalten der Genossen zu

---

[9]) Ihering gibt dies zu, indem er S. 472 vgl. auch S. 438 den Zwang (als Execution) der Bestrafung ausdrücklich gegenüberstellt.

[10]) Ihering S. 49. — Gleichgiltig ist es hierbei, ob das Strafübel erst durch Einschreiten gegen den Verbrecher verwirklicht werden soll oder sich als von Rechtswegen eintretende Folge ohne Weiteres an das Delict knüpft (Rechtsverwirkung).

[11]) Der Ausdruck „Genossen" hier und anderwärts ist zu eng. Die staatliche Norm wendet sich nicht blos an die Angehörigen des Staates: auch Ausländer werden von ihr getroffen, jedenfalls dann, wenn sie das Territorium des Staates betreten. Ich würde daher lieber den unbestimmten Ausdruck „Normunterworfene" gebraucht haben, wenn dieser nicht kürzlich bei Wach in dieser Zeitschrift VI., S. 539, Anstoss erregt hätte.

[12]) Zitelmann a. a. O. S. 222 erhebt Einspruch gegen die Auffassung der Norm als eines Imperatives. Nicht hypothetischer Befehl sei ein Rechtssatz, sondern hypothetisches Urtheil. Nun scheint mir aber auf die Fassung des Rechtssatzes wenig anzukommen; das Entscheidende wird immer sein Zweck sein. Dieser ist aber nicht Erweiterung der Kenntnisse derer, an die

bestimmen, ist Versuch der Rechtssetzung. Das Befohlene wird und bleibt Recht, wenn und solange dieser Versuch gelingt. Oder mit anderen Worten: Recht ist Motivation; es hört auf Recht zu sein, wenn es nicht mehr als Motiv wirkt.[13])

Von diesem Gesichtspunkte aus ist von vornherein zuzugeben, dass diejenigen Normen mehr Aussicht haben, bestimmend zu wirken und sich mithin als Rechtsnormen zu halten, deren Uebertretung sofort auch mit Vollstreckung oder mit Strafe bedroht ist. Wer den staatlichen Befehl missachten würde, wenn er sich gegen Zwang und Strafe gesichert sähe, wird doch noch häufig um dieser letzteren willen von einem Zuwiderhandeln abstehen. Und wenn auch dies verstärkte Motiv das Unrecht nicht abzuhalten vermag,

---

er sich wendet, sondern Beeinflussung ihres Willens. Letztere kann auch hypothetisch, für einen gewissen Fall im voraus versucht werden. Wenn ausgestellten Posten für den Fall, dass der Feind herankomme, der gemessene Befehl zum Alarmiren gegeben ward, so müsste nach Zitelmann unterschieden werden, ob dies geschehen sei mit den Worten: „Dann macht Alarm!“ oder „dann sollt ihr Alarm machen“. In diesem zweiten Falle würde nur die Mittheilung eines Urtheils liegen — in dem ersten der Form nach ein Befehl, obschon Zitelmann hier weder hypothetische Imperative noch Imperative, die sich an eine Mehrzahl von Personen richten, anzuerkennen scheint. (Gegen diese Unterscheidung s. aber Zitelmann selbst S. 56, 73, 122.) Und wie könnte das Urtheil „Ihr sollt Alarm machen“ wahr sein, wenn nicht die in dem „Ihr sollt“ ausgesprochene Verpflichtung durch den darin enthaltenen Imperativ zu gleicher Zeit hervorgerufen würde?

[13]) Den Ausführungen Merkel's in dieser Zeitschrift VI. S. 373 habe ich zu danken, dass sie mich auf eine Schwäche meiner früheren Deductionen aufmerksam gemacht haben. Auch mir sind Befehle des Rechts wirkende, das Leben gestaltende Kräfte, zu vergleichen „nicht dem Geist über den Wassern, der an dem Spiele der letzteren als passiver Zuschauer keinen Antheil hat, sondern: den dies Spiel beherrschenden und seine Regelmässigkeiten bestimmenden Kräften.“ Dass das Wesen des Rechtes Wirkung sei, ging jedoch aus meiner früheren Darstellung nicht genugsam hervor. Die Befehle der gesetzgebenden Organe sind nur insofern Recht, als sie wirken, d. h. insofern, als sie (allein für sich oder im Vereine mit anderen Motiven) diejenigen, an die sie sich unmittelbar oder mittelbar wenden, zu dem gebotenen Verhalten bestimmen: nicht jeden Einzelnen zwar — sonst würde jedes Verbrechen die übertretene Rechtsnorm aufheben — wohl aber die grosse Menge, die wir die Gesammtheit zu nennen pflegen. — Die Bezeichnung als Motivation scheint mir dem Wesen der Sache entsprechender zu sein, als die meines Erachtens farblose und nicht recht fassbare „Anerkennung“ Geyer's und Bierling's.

so werden doch die secundären Gebote der Execution oder der Strafverhängung fast immer folgsame Organe finden, die durch ihr Einschreiten auch die primäre, von dem Uebertreter missachtete Norm wieder zu Ehren bringen. Im Vergleich zu der also verstärkten und gesicherten Norm mag man daher immerhin den nackten staatlichen Befehl als unvollkommenes oder „verkümmertes“ [14]) Recht bezeichnen. Ihm überhaupt die Rechtsqualität abzusprechen, liegt, solange er als Motiv wirkt, schlechterdings kein Grund vor. Vielleicht dass der nackte Befehl des Gesetzgebers [15]) im einzelnen Falle von vornherein und überall offener Missachtung begegnet: dann ist er niemals zum Rechte dieser Gemeinschaft geworden. Vielleicht, dass er nur kurze Zeit diejenigen zu bestimmen vermag, an die er sich wendet: der vernachlässigte und vergessene Befehl hört dann auf, Rechtsnorm zu sein. [16]) Vielleicht aber auch, dass er fort und fort, weil er der Wille der Gesetzgebung ist, beachtet und befolgt wird. Warum ihm dann, so lange dies geschieht, die Rechtsqualität absprechen? Er würde als Rechtsnorm gelten, wenn für den nicht einmal eingetretenen Fall des Zuwiderhandelns Vollstreckung oder Strafe in Aussicht stände: dass sich der staatliche Befehl, ohne dieser Mittel zu bedürfen, Geltung d. h. Befolgung zu verschaffen weiss, kann doch wahrlich sein Ansehen nicht schwächen. [17]) Der Büttel im Hintergrunde würde sonst in Wahrheit den staatlichen Willen erst zum Rechte des Staates erheben. Und wie sollte andererseits die Perspective auf irgend

---

[14]) Bekker, Ueber den Rechtsbegriff, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, I. S. 113.

[15]) D. h. dessen, dem an sich die Befugniss zugestanden wird, seinen Willen als Willen der Gemeinschaft zu verkünden.

[16]) Nach Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I., S. 135, würde die Bildung eines derogatorischen Gewohnheitsrechtes einzelnen staatlichen Rechtsnormen gegenüber schlechterdings ausgeschlossen sein. Denn „ist auch nur der eine Satz anerkannt, dass Anordnungen gewisser Personen im Staat die Volksgenossen binden sollen, so sind eben damit alle nachfolgenden Anordnungen dieser Art so lange mitanerkannt, als jener eine Satz anerkannt ist.“ Diese eine Consequenz beweist meines Erachtens die Unmöglichkeit, mit einem solchen Begriffe der „Anerkennung“ zu operiren.

[17]) Ihering selbst nennt treffend S. 103 die Forderungen der Gesellschaft, — in Form des Gesetzes ausgesprochen, „ihr Recht“.

einen, wenn auch noch so schüchternen und schwächlichen Executionsversuch oder auf eine minimale, kaum noch als Uebel empfundene Strafe die Umwandlung der staatlichen Norm zu einer Rechtsnorm bewerkstelligen, da doch der Impuls des ersten Befehles für diejenigen, die ungehorsam sein wollen, durch derartige Rechtsfolgen kaum oder überhaupt nicht erhöht wird?

Was wäre denn auch das von den gesetzgebenden Organen ausgehende, von den Gesetzesunterthanen, weil es Gesetz sei, befolgte Gebot, wenn es nicht Rechtsnorm sein soll? Wie will man alsdann diese das Leben der Gemeinschaft bestimmende Kraft bezeichnen? Bleibt der Befehl des Vaters an seine Kinder sicherlich väterlicher Befehl, mag nun für den Fall des Ungehorsams eine Strafe gedroht werden oder nicht, so bleibt das staatliche Gebot ebenfalls das, was es ist, auch in Ermanglung eines hinter ihm stehenden Zwangsapparates. Man wende nicht ein, dass es sich alsdann in keiner Weise von einem Gebote der Religion, der Moral, der Sitte unterscheiden würde.[18]) Das religiöse Gebot fordert Gehorsam im Namen Gottes; bei ihm handelt es sich um eine Unterwerfung unter den göttlichen Willen. Hierin liegt das Unterscheidende zwischen Religions- und Rechtsgebot. Das angebliche Zwangsmoment des letzteren kann den Unterschied schon um deswillen nicht begründen, weil auch das religiöse Gebot zumeist als Zwangsgebot auftritt, unter Androhung göttlicher Strafen auch für dies irdische Leben. So wurde dem Verbote an den ersten Menschen sofort die Strafdrohung mitgegeben: „welches Tages du davon issest, wirst du des Todes sterben"; so wurde der Ungehorsam Pharao's durch die Androhung und Verhängung gesteigerter Plagen zugleich geahndet und gebrochen. Selbstverständlich ist nicht ausgeschlossen, dass das Gebot, welches einer menschlichen Gemeinschaft als der vermeintliche Wille Gottes gilt, um deswillen von dieser zugleich als ihr Gesetz den Genossen auferlegt wird. Die Geschichte bietet zahllose Belege für diesen, im theokratischen Staatswesen sogar gewöhnlichen Gang der Rechtsbildung. — Als Sitte aber werden zweierlei

[18]) Merkel a. a. O. S. 373 fg.

verschiedene Erscheinungen bezeichnet. Einmal die lediglich thatsächliche Gleichheit der Lebensgewohnheit einer Gruppe von Menschen, welche aus verwandter Anlage oder aus Aehnlichkeit der Lebenslage sich bildet. Weiter aber auch diejenige Lebensgewohnheit, welche nicht nur aus innerem Triebe, sondern zugleich um deswillen befolgt wird, weil sie den gesellschaftlichen Anforderungen entspricht. Mit dem Rechte ist nur die letztere verwandt — diese freilich so nahe, dass die Subsumtion des einzelnen Falles zuweilen ernste Schwierigkeit macht. Denn aus der Sitte in diesem Sinne kann leicht ein Gewohnheitsrecht werden. Den Ausschlag wird immer das innere Gefühl der Uebenden geben müssen, wie es sich in den Acten der Uebung offenbart. Wenn die Meinung, dass die Gemeinschaft ein gewisses Verhalten erwarte, sich dahin verdichtet und verstärkt, dass dieses Verhalten von der Gemeinschaft gefordert und ihr geschuldet werde; und wenn weiter diese Meinung sich in ein Motiv für die Uebung umsetzt: so wandelt sich mit dem Hinzutritt dieser *opinio necessitatis* die Sitte in Rechtsgewohnheit um. — Das Moralgebot endlich ist das Gebot des individuellen Gewissens. Zwar werden die verwandten Bedingungen, unter denen sich in einer Gemeinschaft die sittlichen Ueberzeugungen der Einzelnen entwickeln und vererben, auch eine grosse Verwandtschaft dieser Ueberzeugungen herbeiführen, um so mehr, je fester in sich vereint und je starrer nach aussen abgeschlossen die Gemeinschaft erscheint.[19]) Zwar wird es weiter jeder staatliche Verband als eine Calamität empfinden, wenn die Gewissensstimmen nicht blos einzelner Individuen, sondern ganzer Classen seiner Angehörigen von denen der Uebrigen abweichen. Immerhin aber wird man vom

[19]) Die sittlichen Ueberzeugungen aller Zeiten und Völker sind nichts weniger als gleich. Der einen Gemeinschaft erscheint als sittlich erlaubt oder sogar geboten, was der anderen tief verwerflich dünkt. Höchst belehrende Beispiele für die möglichen Veränderungen innerhalb der rechtlichen und sittlichen Ueberzeugungen einer Gemeinschaft bieten die religiösen Secten Nordamerika's, von denen einzelne z. B. die Weibergemeinschaft nicht blos dulden, sondern von ihren Genossen mit allem Nachdrucke einer gemeinschaftlichen Ueberzeugung fordern. Unser Verbot der Beeinträchtigung des ausschliesslichen Geschlechtsgenusses hat sich mithin dort in ein Verbot dieser ausschliesslichen Hingabe verwandelt.

Standpunkte der Moral aus nur die eine Anforderung stellen können, dass der Einzelne nach eingehender Prüfung seiner selbst sich entscheide und handle. Es gibt nur das eine Moralgebot, nach bestem Wissen und Gewissen zu handeln. Deshalb wird aber auch nicht jedes Rechtsgebot durch Beeinflussung ihres Gewissens zum Moralgebot des Einzelnen werden können — und gerade am wenigsten dann, wenn es ohne den Nachdruck auftritt, den Vollstreckungs- und Strafaussicht ihm verleihen.[20]) Es ist mithin irrig, in jedem verkümmerten Rechtssatze ein Moralgebot zu erblicken. Der leitende Staatsmann[21]), dem durch die Verfassung die Richtschnur seines Verhaltens gegeben ist, begeht einen Rechtsbruch, wenn er diese Verfassung verletzt — ganz gleichgiltig, ob die Rechtsordnung Mittel und Wege kennt, ihn dafür zur Verantwortung zu ziehen.[22]) Moralisch verwerflich ist seine That jedoch nicht, falls erst nach gewissenhafter Prüfung und trotz Abwägung der verhängnissvollen Folgen, welche jeder Bruch des öffentlichen Rechts für lange Zeit nach sich zieht, sich die Ueberzeugung bei ihm durchrang, dass in diesem Falle das Wohl der Gemeinschaft das formale Unrecht gebieterisch fordere. Möglich, dass gleiche Erwägungen Andere, dass das Beispiel dieser die grosse

---

[20]) Denn je nachdrucksvoller ein Gesetz auftritt, desto mehr wird es auch die Gemüther mit sich fortreissen und die Gewissen der Einzelnen bestimmen.

[21]) Die Rechtssätze, die sich an den Souverän selbst wenden, lasse ich um deswillen ausser Acht, weil sie immer noch Manchen, ebenso wie die Sätze des Völkerrechts, als „problematisch" erscheinen. Der lateinische Münzvertrag, die Genfer Convention, der Weltpostvertrag wären demnach ein reines Nichts!

[22]) Nach der gegnerischen Meinung würde der unzweideutigste Artikel der Verfassung, auch wenn er sich unter dem Drucke der öffentlichen Meinung Jahrhunderte lang Geltung verschafft hätte, dann kein Rechtssatz sein, wenn an seine Uebertretung keine Rechtsfolge geknüpft wäre — sofort würde er es aber, wenn dem Verfassungsbruch als Strafe etwa ein Verweis vor dem Amtsrichter drohen würde! Wohin die Theorie gelangt, welche in jedem öffentlichen Rechte zugleich eine Rechtspflicht erblickt (dawider freilich meine Rechtsnorm S. 125 fg.), darauf hat Bierling a. a. O. S. 146 (von Wach a. a. O. S. 540 missverstanden) bereits treffend hingewiesen. Jedes Wahlrecht würde hiernach zugleich eine Wahlpflicht sein: wie selten ist aber an die Nichtbefolgung dieser Pflicht eine rechtliche Folge geknüpft!

Menge und schliesslich das ganze Volk mit sich fortreisst: dann hört jener Imperativ auf, als Motiv zu wirken und Recht zu sein. Möglich aber auch, dass der Staatsstreichversuch, wenngleich vor dem Gewissen des Unternehmers gerechtfertigt, doch in den Gemüthern der Gemeinschaftsgenossen als Rechtsbruch empfunden wird und dass das verletzte Rechtsgefühl zur gewaltsamen Abwehr und darüber hinaus zur Empörung und zum Sturze der Staatsgewalt hindrängt.

Ist aber eben nicht dieses die Rechtsfolge des Unrechts, dass der Rechtsbruch als solcher empfunden wird und das beleidigte Gefühl zu Retorsion und gleicher Rechtsweigerung anstachelt? So oft man auch diesem endlichen Einwande begegnet, so wenig ist er doch haltbar. Rechtsfolge des Unrechts darf nur die von der Rechtsordnung aufgestellte Folge des Unrechts genannt werden. Es gibt aber keinen Rechtssatz, der Rechtsbruch mit Rechtsbruch zu erwidern erlaubt oder, genauer gesprochen, der um des Rechtsbruchs des Einen willen die Uebrigen von ihren sämmtlichen Pflichten entbindet. Die Revolution ist nicht Rechtsmittel, sondern Gewaltthat — nicht Rechtsgang, sondern ein Abschütteln des Rechts, ein Sichverschliessen gegen den Frieden heischenden Ruf des Gesetzes.[23]) Will man sich demgemäss mit der Thatsache begnügen, dass, je schwerer das Unrecht ist, um so intensiver das verletzte Rechtsgefühl dawider reagiren wird, so gibt man den Satz von der Erzwingbarkeit des Rechts auf. Dass der Rechtsbruch regelmässig eine bittere Empfindung in der Seele der Betheiligten und weiterhin auch in der Seele der Unbetheiligten erwecken wird, bin ich am wenigsten zu bestreiten Willens. Eine Zwangsfolge des Unrechts liegt darin nicht.

III. Recht und Richter.

Ich komme zu einem dritten Punkte, dem bedenklichsten von allen. Er betrifft das Verhältniss zwischen Richter und Recht. Nach Ihering gibt es kein anderes Kriterium des Rechtes, als Anerkennung und Verwirklichung desselben durch den Richter (S. 320). Würde statt des Richters, wie dies

[23]) Uebereinstimmend Dahn, S. 217.

anderen Orts (S. 337) in der That geschieht, überhaupt nur eine staatliche Behörde gefordert, welcher nöthigenfalls die Erzwingung des Rechtssatzes obläge: dann wäre nur in anderer Fassung wiederholt, was ich oben bereits zu bekämpfen versucht habe, dass jede wahre Rechtsnorm eines Zwangsapparates bedürfe. Allein in diesem allgemeineren Sinne ist der „Richter" Ihering's nicht zu verstehen. Ihm wird als specielle Aufgabe die Rechtspflege zugewiesen (S. 355) und diese wiederum in die ausschliessliche Verwirklichung des Rechtes gesetzt (S. 377, 383). Und wenn weiterhin S. 389 fg. die Garantieen besprochen werden, welche den Richter sowohl den Parteien wie auch der Staatsgewalt gegenüber unabhängig stellen und ihm die freie Behauptung seiner Ueberzeugung ermöglichen sollen, so erhellt, dass in der That nur die Gerichte in des Wortes stricter Bedeutung, nicht allgemein auch andere staatliche Organe gemeint sind.

Eine Analyse der den Gerichten obliegenden Functionen mag die Kritik dieser Auffassung anbahnen.

Die nächste Aufgabe des Richters besteht in dem Finden des Rechts jeder einzelnen, seiner Entscheidung unterliegenden, spruchreifen Sache gegenüber. Hier handelt es sich lediglich um ein logisches Operiren, um ein Urtheilen darüber, ob die der Cognition unterliegenden Thatsachen die Bedingungen einer Norm, das „Wenn" derselben, darstellen und die abstracte Norm sonach auch den concreten Fall mit umfasst. Lautet das Erkenntniss freisprechend, so ist es nichts weiter als Urtheil.[24]) Spricht es aber eine Verurtheilung aus, so wohnt ihm, sobald es rechtskräftig geworden ist, regelmässig noch eine weitere Bedeutung bei. Zumeist stellt es sich dann dar als „eine autoritative Feststellung der schon vorhandenen Rechtspflicht, als der Imperativ des Gesetzes durch den Mund des Richters".[25]) Insoweit liegt in dem verurtheilenden

---

[24]) Dass mit der Rechtskraft des freisprechenden Urtheils der etwa vorhandene Anspruch des Klägers im Civilprocess, das Strafrecht des Staates im Strafprocesse erlischt, ist eine Rechtsveränderung, die das objective Recht an das freisprechende Urtheil knüpft. Deshalb bleibt letzteres doch was es ist: ein verneinendes Urtheil.

[25]) Wach a. a. O. S. 536. Jedoch nur regelmässig, nicht immer. Denn „ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die

Erkenntnisse zugleich ein Moment der Execution. Wenn freilich auch dieser verstärkte Impuls nicht genügt, um den Verurtheilten zur Befolgung zu bewegen, so wird nunmehr eintreten müssen, was man im engeren Sinne Vollstreckung benennt. Letztere aber liegt regelmässig nicht mehr in der Hand des Gerichts. Weder der Gerichtsvollzieher des Civilprocesses, noch die staatlichen Organe, denen die Vollstreckung der Todes- und der Freiheitsstrafen obliegt, sind richterliche Beamte. Wenn sonach Ihering als Kriterium des Rechts „die Anerkennung und Verwirklichung desselben durch den Richter" bezeichnet, so kann dies nichts Anderes besagen, als dass für jede staatliche Norm, welche die Benennung „Rechtsnorm" verdiene, ein richterliches Organ sich finden müsse, welches — als Vorstufe für Erfüllungszwang oder Strafverhängung — die Subsumtion des einzelnen Falles unter die allgemeine Norm prüfen und das Ergebniss als Urtheil zu verkünden habe. Die Frage lautet mithin: ist nur dasjenige staatliche Gebot ein Rechtsgebot, welches eines Durchganges durch den Mund des Richters, einer Individualisirung durch richterliches Erkenntniss benöthigt und befähigt ist? Wird nur das Gesetz zum Rechte, für dessen Uebertretung zugleich ein Richter eingesetzt ist, der die Uebertretung urtheilsmässig zu constatiren hat?

Wird die Frage also gestellt, so meine ich, dass sich Ihering wohl durch Ihering selbst widerlegen lässt. Denn überall bricht sich der Gedanke Bahn, dass das Recht doch bereits ohne den Richter besteht. So schon in den oben referirten Sätzen über die Aufgabe des Richters. So weiter, wenn S. 383 das „materielle Recht" als der erste, der „Richter" als der zweite Bestandtheil im Haushalte der Justiz genannt wird — wenn nach S. 425 „das Recht den Mechanismus zu seiner Verwirklichung (die Rechtspflege) aus sich heraustreibt" — wenn endlich S. 377 anerkannt wird, dass

---

Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat"; deutsche Civilprocessordnung §. 779. Die rechtskräftige Verurtheilung genügt der Rechtsordnung, um die an die Willenserklärung geknüpften Rechtsfolgen auch ohne diese eintreten zu lassen. Sonach bleibt für eine Vollstreckung kein Raum mehr; vgl. meine Rechtsnorm S. 100, 241, 243. Ungenau mithin Wach: „Jedes verurtheilende Erkenntniss ist ein Gebieten, nicht nur ein Erkennen."

auch die nichtrichterlichen Staatsbehörden verpflichtet sind, „so weit das Recht reicht, dasselbe zur Anwendung zu bringen". Das Individualgebot Ihering's (S. 327 fg.) wird eines richterlichen Ausspruchs überhaupt nicht bedürfen. Freilich stellt dasselbe noch kein voll entwickeltes Recht dar. Bei abstracten Normen wird ein richterliches Urtheil die Subsumtion des einzelnen Falles unter die Norm zwar aussprechen können und gemeiniglich auch auszusprechen berufen sein. Allein auch unter ihnen sind solche zu finden, welche vor ihrer Erzwingung nicht erst durch ein richterliches Urtheil ihren Durchgang nehmen müssen. Je wichtiger dem Staate in Ansehung seiner Aufgaben die unbedingte Erfüllung gewisser Gebote und Verbote erscheint, je weniger wird er geneigt sein, die Frage, ob der abstracte Imperativ den einzelnen Fall mit umfasst, zuvor einer richterlichen Cognition zu unterstellen. Um rascher handeln zu können, wird er das Stadium des Urtheilens beschränken.[26]) Aber auch umgekehrt, wenn seine Anforderungen von verhältnissmässig geringfügiger Art sind, wird er ihnen nicht den langsamer und kostspieliger arbeitenden Mechanismus eines Gerichtes zu Gebote stellen. Belege für beiderlei Fälle finden wir bei Ihering. Als Sache des Zwangs und damit des staatlichen Rechts bezeichnet Ihering selbst (S. 92, 198, 451, 502) das Dienen im Heere, sowie das Entrichten von Steuern und Abgaben — andererseits (S. 443) die Herstellung und Unterhaltung öffentlicher Wege, das Reinigen der Cloaken, das Halten von Feuereimern, das Anmelden der Dienstboten und der Fremden im Gasthofe — endlich (S. 506, 437) den Impf- und den Schulzwang. Nun sind es aber nicht die Gerichte, sondern Verwaltungsbehörden, welche diese durch die Gesetzgebung im Allgemeinen ausgesprochene Verpflichtung im einzelnen Falle constatiren und durchführen.[27])

---

[26]) Als Beispiel könnte das „Kriegs- oder Standrecht" angeführt werden, umsomehr, wenn es wahr wäre (Ihering, S. 388), dass dieses „nicht zur Rechtspflege gehört". Allein der Satz: „Die Staatsgewalt sucht hier nicht Recht vor einem ihr übergeordneten Richter, sondern sie spricht es selber — das „Kriegsgericht", das sie bestellt, ist sie selbst" — ist in mehrfacher Beziehung unhaltbar. Vgl. Dahn, S. 130.

[27]) Dem steht nicht entgegen, dass auf die durch die Uebertretung verwirkten Strafen zumeist von den Gerichten zu erkennen ist.

Dies weist auf einen Punkt von höherer Bedeutung hin. Ihering nimmt den Gedanken von Stahl und Bluntschli wieder auf, trotz des sehr berechtigten Einspruchs, welchen vor Jahren bereits Regelsberger[28]) hiergegen erhoben hat. Hiernach wäre die Justiz ausschliesslich für die Verwirklichung des Rechtes bestimmt, während die sonstigen Organe der Staatsthätigkeit, vornehmlich die der Verwaltung, zwar auch verpflichtet seien, soweit das Recht reicht, dasselbe zur Anwendung zu bringen, im Uebrigen aber nach freiem Ermessen, nach Gründen der Zweckmässigkeit vorzugehen hätten (S. 377).

Dem liegt aber, wie mir scheint, ein Missverständniss zu Grunde. Schlechterdings jede Behörde hat zu urtheilen, ehe sie thätig wird, zu urtheilen nämlich, ob die Voraussetzungen ihres Rechtes und ihrer Pflicht zum Einschreiten vorliegen. Nur diese Voraussetzungen sind eben verschiedene. Wo immer es gilt, eine Normwidrigkeit zu constatiren — sei es nun zum Zwecke des Erfüllungszwangs, sei es zum Zwecke strafrechtlichen Einschreitens, sei es zu irgend einem anderen Zwecke — wird immer die Möglichkeit, den einzelnen Fall unter die allgemeine Regel zu subsumiren, geprüft und demgemäss ein Urtheil rechtlichen Inhalts zu fällen sein — mag nun ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zum Einschreiten berufen sein, mag das Urtheil in bestimmten Formen erlassen werden oder nur im Geiste des Beamten sich bilden müssen, mag das Urtheil als solches durch Berufung an andere Organe anfechtbar sein oder nicht. Für diese Behörden wird in gleicher Weise der „Wahlspruch“ gelten, den Ihering (S. 377) lediglich als den der Gerichte bezeichnet: „Das Recht und nichts als das Recht.“ Ich wüsste nicht, wie die mit der Steuerbeitreibung betrauten Organe der Verwaltung, wie die Militärbehörde, welcher die Zwangsgestellung obliegt, wie die „zuständige Behörde“ des deutschen Reichsimpfgesetzes, welche für Nachholung der „ohne gesetzlichen Grund unterbliebenen Impfung“ zu sorgen hat, wie jede beliebige mit Erfüllungszwang betraute Verwaltungsbehörde, namentlich auch eine jede Beschwerdeinstanz gegenüber Normwidrigkeiten der

[28]) Kritische Vierteljahresschrift, IV. (1862), S. 52 fg.

unteren Organe, wie sie sämmtlich anders entscheiden dürften als nach dem Rechte und allein nach dem Rechte. Liegt ein Fall gesetzlicher Verpflichtung vor? so lautet hier die Frage, auf welche Richter wie Verwaltungsbeamter, und zwar nach dem Gesetze, Antwort geben muss.

Freilich erschöpft das Finden und Vollstrecken des Rechts, das auch den Verwaltungsbehörden obliegen kann, deren Thätigkeit keineswegs. Zumeist sind ihnen andere Aufgaben zugetheilt. Bald ist ihnen die Ermächtigung gegeben, neue Normen aufzustellen — sei es nun in der Form abstracter Imperative, wie z. B. bei Verordnungen zur Ausführung von Gesetzen, sei es in der Form von Individualgeboten, wie bei den polizeilichen Befehlen in Fällen „gemeiner Gefahr oder Noth". [29]) Ihre Thätigkeit ist alsdann eine imperative — ersterenfalls eine gesetzgebende, kraft der ihnen in bestimmtem Umfange übertragenen gesetzgebenden Gewalt [30]), letzterenfalls eine individuelle Verpflichtungen begründende. Vorangehen muss auch dieser Thätigkeit ein Urtheilen — nicht aber darüber, ob eine Normwidrigkeit vorliege, sondern ob das öffentliche Interesse die Aufstellung der Norm erheische. [31]) — Bald ist der Verwaltungsbehörde die Ermächtigung zu Rechtsgeschäften Namens des Staates ertheilt. Vor Abschluss des einzelnen Rechtsgeschäftes wird hier in Frage kommen müssen, ob das staatliche Interesse [32]) ein solches verlangt. [33]) — Bald wieder ist einer Behörde die Wahrung

---

[29]) §. 360 Z. 10 des deutschen Strafgesetzbuchs.

[30]) Eine derartige gesetzgebende Gewalt kann auch den Gerichten übertragen sein. So wenn dem oberen Gerichtshofe des Landes — wie dies bisher bei dem Ober-Appellationsgerichte Jena der Fall war — die Befugniss zusteht, Präjudicien mit bindender Kraft für sämmtliche Gerichte in dem officiellen Organe zu publiciren.

[31]) Auch eine solche Befugniss kann den Gerichten zustehen. §§. 817, 819 der deutschen Civilprocessordnung.

[32]) Doch braucht dies nicht, wie bei den privatrechtlichen Contracten des Staats, ein fiscalisches Interesse zu sein. Die Dispositionen über Vermögensmittel des Staates zu Zwecken der Wissenschaft, der Kunst, ja des Vergnügens erfolgen ebenfalls im staatlichen Interesse — wenigstens ist im staatlichen Interesse der Behörde die Dispositionsbefugniss gegeben.

[33]) Auch die Adjudicationsbefugniss des Richters ist Ermächtigung zum Rechtsgeschäft — vgl. meine Rechtsnorm S. 373. Der Richter hat hier nicht zu urtheilen, was Recht sei, sondern was das Interesse der Parteien verlangt.

der Privatrechte des Staates im Wege des Processes, die Rechtsverfolgung Namens des Staates, anvertraut: solchenfalls wird sie sich zunächst zu vergewissern haben, ob und welcher Rechtsweg ihr offen steht. — Bald endlich sind gewisse Organe des Staates, man möchte sagen: seine Hände, mit dem factischen Ein- und Zugreifen betraut: mit dem Arretiren, Exequiren, Beschlagnehmen etc. etc. Ihre Ermächtigung besteht darin, nicht dass sie etwas mit Rechtserfolg können, sondern dass sie dürfen und sollen, was anderen Personen verboten ist. Auch diese haben zuvor zu prüfen, ob die Voraussetzungen ihrer Verpflichtung zum Einschreiten gegeben sind. — Ueberall wird die verschiedenartige Aufgabe der Behörden ein verschiedenartiges Urtheilen ihnen zur Pflicht machen. Wird aber die Constatirung etwaiger Normwidrigkeiten von ihnen begehrt, so wird ihr Urtheil sich auf das Recht beziehen müssen, mag die Behörde ein Gericht sein oder irgend ein anderes staatliches Organ.

Die thatsächlichen Verhältnisse unterstützen mithin die Behauptung nicht, dass die Aufgabe der Gerichte ausschliesslich in der Verwirklichung des Rechtes bestehe — weniger noch, dass ihnen allein diese Aufgabe zufalle — am wenigsten, dass nur dasjenige Recht sei, was durch einen Richter verwirklicht werden könne. Musste schon in dem vorigen Abschnitte die Gegenthese aufgestellt werden: Recht einer Gemeinschaft sei alles das, was als ihr Wille angesehen und um deswillen befolgt werde, ganz abgesehen von dem Vorhandensein eines Zwangsapparates, der diesem Willen Nachdruck zu verleihen bestimmt sei — so versuchte dieser Abschnitt den weiteren Nachweis, dass es auch erzwingbares und oft erzwungenes Recht gebe, welches vor seiner Verwirklichung nicht erst durch den Mund eines Richters bestätigt werde. Weder geschichtlich noch nach unserem heutigen Rechtsleben lässt es sich rechtfertigen, als Voraussetzung für das Vorhandensein von Rechtsnormen besondere und unabhängig gestellte Organe zu begehren, welche mit der Verwirklichung der Rechtsnormen betraut sind. Und nur das Eine ist zuzugeben, dass der Zug der Zeit mehr und mehr dahin geht, vor jeder vorsätzlichen Zufügung eines Uebels, wie sie in dem Strafvollzuge liegt, sowie regelmässig auch vor Entfesselung der weiteren Nach-

theile, wie sie der Erfüllungszwang ebenfalls zumeist im Gefolge hat, den Ausspruch eines besonderen, den übrigen Organen des Staates gegenüber unabhängig gestellten[34]) staatlichen Organs, des Richters, darüber zu verlangen, dass die im Gesetze benannte Voraussetzung, die Normwidrigkeit, vorliegt. Geschieht dies, so wird die öffentliche Meinung darüber beruhigt, einmal, dass kein Unschuldiger leide, andererseits auch, dass Jedem werde, was ihm nach dem Gesetze gebührt.

IV. Zweck des Rechts.

Von der Form des Rechts wendet sich Ihering S. 426 fg. weiter zu dessen Inhalt. „Recht ist" — so lautet die schliessliche Definition S. 499, 434 — „der Inbegriff der durch äusseren Zwang d. h. durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weiteren Sinne".

Auch gegen dies Wort und dessen Begründung erheben sich mehrfache Bedenken.

Ich will nicht über die Berechtigung streiten, den Zweck des Rechtes als dessen Inhalt zu bezeichnen. Würde doch diese Differenz schliesslich auf einen Wortstreit hinauslaufen. Auch halte ich es Bierling gegenüber nicht für incorrect, wenn das Recht anderen Orts S. 434 als Sicherung definirt wird, nämlich als „die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft in Form des Zwanges". Sicherung menschlicher Interessen ist allerdings der Zweck eines jeden Rechtssatzes — und so dient es zur Veranschaulichung dieses Umstandes, wenn die Zweckbestimmung in die Definition des Rechts mit aufgenommen wird. Ganz richtig wird S. 433 die Sicherung der Landstrassen gegen Strassenräuber durch das Recht ihrer Sicherung gegen Ueberschwem-

[34]) Keineswegs ist das Gericht der Staatsgewalt „übergeordnet", wie dies Ihering S. 388 (oben Anm. 26) annimmt. Den Beschlüssen der gesetzgebenden Factoren ist auch der Richter zu gehorsamen schuldig. Ebensowenig kann ich der S. 387 aufgestellten, allerdings verbreiteten Ansicht zustimmen, dass der Staat im Strafprocess als Partei auftritt, h. z. T. vertreten durch den Staatsanwalt. Gericht und Staatsanwalt haben m. E. genau die nämliche Aufgabe, an der sie nur in verschiedener Weise mitzuwirken haben: im staatlichen Interesse dafür zu sorgen, dass der Verbrecher, und nur dieser, zur Strafe gezogen werde.

mungen durch Dämme dem Zweckgedanken nach gleichgestellt.[35]) Es würde auch wenig dagegen einzuwenden sein, wenn die Dämme definirt würden als die Sicherung der Strassen gegen Ueberschwemmungen. Zwar empfinge der Leser hierdurch keine Anschauung von der Art dieses Schutzes. Würde aber erläuternd etwa hinzugefügt: „durch Hochbauten auf Seiten der Strasse", so wäre die Definition auch gegen diesen Einwand gedeckt. Nun thut dies Ihering. Er bezeichnet die Art, wie das Recht die Sicherung leistet, durch den Zusatz „in Form des Zwangs" — ein Zusatz, der durch die vorangegangenen Ausführungen erläutert wird und dessen Berechtigung soeben geprüft worden ist.

Zugegeben also, dass der Zweck des Rechtes Sicherung ist. Nicht aber ist diese Sicherung mit dem gesicherten Gegenstande identisch. Sind es die Lebensbedingungen der Gesellschaft, die das Recht schützen soll — Bedenken gegen diese Formulirung werde ich weiter noch vorbringen — so kann das Recht nicht selbst der „Inbegriff dieser Lebensbedingungen" sein. Die Dämme in dem obigen Beispiele können zur Noth als die Sicherung der Strassen, nicht aber als die gesicherten Strassen bezeichnet werden — und noch weniger als beides zugleich. Der logische Fehler dieser Gleichstellung liegt so klar vor Augen und ist, wie bereits von mir, so inzwischen auch von Anderen, so energisch geltend gemacht worden, dass ich denselben nur um deswillen wieder betone, weil in neuester Zeit Merkel[36]) die an gleichem Doppelsinne leidende Definition Ihering's vom subjectiven Rechte wieder aufgenommen hat.

Sind es nun in der That die Lebensbedingungen der Gesellschaft, deren Sicherung das Recht bezweckt? Das Wort hat bereits Anklang gefunden; um so nöthiger erscheint eine nochmalige Prüfung. Ihering gibt S. 434 fg. des Näheren an, was unter den Lebensbedingungen verstanden werden soll. Nicht ein- für allemal sind die Lebensbedingungen gegeben;

[35]) Die Parallele wäre noch genauer, wenn die Sicherung der Landstrassen gegen muthwillige Beschädigungen der gegen Ueberschwemmungen gegenübergestellt würde. Die Strassenräuber bedrohen nur die Reisenden auf der Landstrasse.

[36]) A. a. O. S. 386. Dawider meine Rechtsnorm S. 218 fg., S. X.

sie wechseln mit den veränderten Bedürfnissen der Zeit. Auch ist kein objectiver Massstab anzulegen, um das, was Lebensbedingung sei, zu bestimmen; entscheidend ist allein die Ueberzeugung der jeweiligen Gesellschaft. So kann es kommen, dass das Recht in Wirklichkeit mit den Existenzbedingungen der Gesellschaft, statt ihnen zu dienen, im schroffsten Widerspruche steht. Es genügt, dass die Gesellschaft mittelst dieser Rechtssätze ihre Lebensbedingungen zu wahren vermeint.

Will indessen jeder Rechtssatz eine Lebensbedingung der Gesellschaft, wenn auch nur in diesem subjectiven Sinne, erfüllen? Ihering selbst macht sich den Einwand, dass nicht jedes Specialgesetz, wie beispielsweise ein Stempelgesetz, eine Lebensbedingung der Gesellschaft darstelle. Der Einwurf wird mit der Antwort beseitigt, allerdings sei es absolutes Erforderniss des staatlichen Bestehens und damit Lebensbedingung der Gesellschaft, dass sich der Staat die nöthigen Geldmittel beschaffe. Das Ob sei nothwendig, wenn auch das Wie frei bleibe; das Stempelgesetz sei nur eines der vielen denkbaren Mittel.[37]) Ich bezweifle aber, dass sich eine derartige Zurückführung der Rechtsnormen auf vitale Interessen überall durchführen lässt. Wenn das deutsche Strafgesetzbuch z. B. die Nester der Singvögel auszunehmen verbietet, so soll damit sicherlich der Genuss des Vogelsanges der „Gesellschaft" erhalten werden. Ein Genuss, ein Gut wird gesichert; kaum aber dürfte Jemand dies Gut zu den Lebensbedingungen der Gesellschaft zählen. Freilich bemerkt Ihering S. 434 ausdrücklich, man dürfe die Lebensbedingungen der Gesellschaft keineswegs auf die Bedingungen des physischen Seins beschränken. Sie sollen alles umfassen, was dem Leben erst seinen wahren Werth verleiht. Wird hierzu alles gezählt, was der Gesellschaft irgendwie von Interesse scheint, so fällt auch der Vogelgesang nicht zum letzten darunter. Gegen den Sinn des Satzes dürfte dann nichts mehr zu sagen sein; wohl aber gegen seine Formulirung. Jeder rechtliche Imperativ verfolgt einen Zweck:

[37]) Völlig zustimmend Dahn S. 152. Trotzdem muss ich den als „echt laienhaft" bezeichneten Einwand erheben. Jede Willensmanifestation eine Verwirklichung der Lebensbedingungen zu nennen, scheint mir eine Fiction zu sein, welche hier so wenig wie anderswo der Wissenschaft förderlich ist.

ein jedes Verbot den Schutz eines Gutes, ein jedes Gebot die Förderung eines Interesses. Die Willensmanifestation der Gemeinschaft unterliegt keinen anderen Sätzen wie die Willensäusserung des einzelnen Menschen. Auch das Individuum will mit jeder seiner Handlungen ein Bedürfniss befriedigen. Ihering erkennt die Parallele zwischen dem Wollen des Einzelnen und dem der Gemeinschaft ausdrücklich an. Er definirt folgeweise S. 32 jede Handlung als „Verwirklichung der Daseinsbedingungen". Mir erscheint der Ausdruck um deswillen irreführend, weil damit sämmtliche Handlungen für das Leben als gleichwerthig gesetzt werden. Und doch gibt es für den Einzelnen Existenzfragen und Bedürfnisse sehr nebensächlicher Art. Ja er kann auch Bedürfnisse fühlen, welche seinem Dasein feindlich entgegentreten. So der Säufer, der seinem Hange widerstandslos fröhnt und sich damit bewusstermassen Gesundheit und Leben untergräbt. Und doch würde sein Thun ebenso wie die absichtliche Selbstverstümmelung, ja selbst der Selbstmord, diese Befriedigung des äussersten Bedürfnisses nach Ruhe, nach Ihering's Terminologie eine „Verwirklichung der Daseinsbedingungen" genannt werden müssen. Mir scheint dies Wort zu viel zu sagen, um schlechthin auf jede Handlung zu passen. Ich würde mich lieber mit dem trivialeren Ausdrucke „Bedürfnissbefriedigung" begnügen. Als ein Bedürfniss kann von dem Menschen auch das empfunden werden, was ihm keineswegs, auch nicht seiner Meinung nach, frommt. Nur hat (bildlich gesprochen) die Mutter Natur, wie ich gerne zugebe, dafür gesorgt, dass regelmässiger Weise die Bedürfnissempfindung für jedes lebende Wesen eine Mahnung enthält, zu thun, was ihm oder in ihm der Gattung zu Gute kommt. — In gleicher Weise möchte ich den Zweck des Rechts auf die Sicherung von Interessen der Gemeinschaft beschränken. Oft werden letztere den Namen von Lebensbedingungen verdienen, noch häufiger aber nicht. Und hin und wieder wird es kommen können, dass die Gemeinschaft, um einem augenblicklichen Bedürfnisse zu genügen, bewusstermassen ihre wohlerkannten Lebensbedingungen verletzt. Gerade für eine Gemeinschaft liegt diese Gefahr um so näher, als die Interessen der einzelnen Glieder sich vielfach kreuzen und widersprechen und die gesetzgebenden Factoren

mithin leicht der Versuchung unterliegen können, die Wohlfahrt des grossen Ganzen dem eigenen Privatinteresse oder doch dem Particularinteresse einer Minderzahl zu opfern. Jedwede Entscheidung, mag sie ausfallen wie sie will, mag sie das Ganze fördern oder schädigen oder selbst an den Rand des Abgrundes führen, als eine Sicherung der Lebensbedingungen dieser Gemeinschaft zu prädiciren, heisst der Einsicht und dem Opfersinne, der Verblendung und der schnödesten Selbstsucht denselben wohltönenden Namen geben. Zugegeben aber auch, was nicht zugegeben werden kann, dass sämmtliche Gesetze wenigstens dem vermeintlichen Interesse des Ganzen dienen sollen: in Bezug auf ihre Dringlichkeit stehen letztere nicht auf gleicher Linie. Ihering selbst hebt dies S. 481, 482 hervor — nur scheint mir nichts damit gewonnen zu sein, auch den in hinterer und hinterster Reihe stehenden Interessen noch den Namen von Lebensbedingungen beizulegen.

Dass ich endlich überall, wo Ihering von Gesellschaft spricht, den Ausdruck Gemeinschaft substituiren möchte, unterlasse ich besonders zu begründen. Ich berufe mich in dieser Hinsicht auf Dahn, dessen Proteste gegen den Gesellschaftsbegriff Ihering's ich mich durchweg anschliessen muss.

So gelange ich denn zum Schlusse zu dem freilich recht nüchternen Satze: wie jede menschliche Handlung, hat auch die Rechtssetzung einen Zweck: nämlich den, die Interessen der Gemeinschaft zu sichern. Oder genauer gesprochen, zunächst nur die Interessen der Rechtsetzenden selbst, die der Gemeinschaft erst in zweiter Linie, nur soweit es die gesetzgebenden Factoren als eigenes Bedürfniss empfinden, die Interessen der Gemeinschaft zu fördern. Aber freilich — die Geschichte gibt uns die Lehre — die Macht, Recht zu setzen, wird auf die Dauer nur bei denen verbleiben, denen es eigenes, ernstes, heiliges Bedürfniss ist, dem Wohl der Gemeinschaft zu dienen.